

DO RECURSO ESPECIAL: algumas questões atuais

ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO*

1. Introdução

A Constituição em vigor, promulgada no dia 5 de outubro de 1988, criou o Superior Tribunal de Justiça e deu-lhe competência para “julgar, em recurso especial, as causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência; b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da qual lhe haja atribuído outro Tribunal” (artigo 105, III).

Conforme se depreende do texto constitucional, o recurso especial, em suma, nada mais é do que o recurso extraordinário antes julgado pelo Supremo Tribunal Federal, com exclusão do seu bojo da matéria constitucional. Daí que, para a sua boa compreensão, convém, de início, fazer breve referência à nova estrutura do poder Judiciário.

2. A nova estrutura do Poder Judiciário.

Observando-se a atual estrutura do Poder Judiciário, nota-se que dois Tribunais são de índole nacional, exercendo jurisdição sobre as justiças federal e estadual: o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. O primeiro, Corte predominantemente constitucional, é o órgão de cúpula do Poder Judiciário. O outro é o órgão de cúpula da Justiça comum, isto é, da Justiça estadual e da Justiça Federal não especializada. Dentre as relevantes competências atribuídas àquelas Cortes, destacam-se duas de natureza eminentemente federativa, que



* Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a partir da Constituição de 1988.
Palestra proferida em Belém.

ensejam o maior número de causas a elas submetidas: a de julgar, respectivamente, o recurso extraordinário e o recurso especial. Através do primeiro, o Supremo exerce, em cada caso concreto, a função de guardião da Constituição (art. 102, caput) e, via do outro, o Superior Tribunal de Justiça atua no sentido de assegurar a supremacia da legislação federal sobre a legislação local (estadual e municipal).

3. Origem do recurso especial.

A origem do recurso especial é a mesma do recurso extraordinário, vez que é, como antes afirmado, nada mais que o antigo recurso extraordinário adstrito a matéria infraconstitucional.

O recurso extraordinário, no panorama pátrio, foi inspirado no *writ of error* norte-americano, apoiando-se este no Judiciary Act, de 24 de setembro de 1789, lei ordinária alterada pelas leis de 5 de fevereiro de 1867 e de 18 de fevereiro de 1975, cujo art. 25 tinha esta redação:

Deve ser revista pela Suprema Corte, para ser cassada ou confirmada, a decisão da mais alta corte de um dos Estados, em causa em que se questionar sobre a validade de um tratado, lei nacional ou ato de autoridade da União, e a decisão for contrária à validade; quando se questionar sobre a validade de uma lei ou de um ato de autoridade estadual, sob fundamento de serem contrários à Constituição, a tratado ou a leis federais, e a decisão for pela validade; quando se reclamar algum título, direito ou privilégio ou imunidade com fundamento na Constituição, tratado, lei nacional ou ato de autoridade da União, e a decisão for contra o título, direito, privilégio, imunidade, especialmente invocados pela parte, em face de tal Constituição, tratado, lei ou ato.

O Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, organizando a Justiça Federal, criou o Supremo Tribunal Federal, atribuindo-lhe, dentre

outras, a competência para julgar recurso especial, ainda sem denominação, análogo àquele do direito norte-americano.

O texto, na sua essência, embora com alterações, foi mantido pelo art. 59, § 1º, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, modificado pelo art. 60, § 1º, daquela Constituição, na redação dada pelas emendas de 6 de setembro de 1926 e, posteriormente, pelo art. 76, III, da Constituição de 16 de junho de 1934; art. 101, III, da Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937; art. 101, III, da Constituição de 18 de setembro de 1946; art. 114, III, da Constituição de 24 de janeiro de 1967, dispositivo este alterado pelo art. 119, III, da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.

A denominação recurso extraordinário foi empregada no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 26 de fevereiro de 1891, e repetida pela Lei nº 221, de 20 de novembro do mesmo ano, passando a constar da Constituição de 1934 e das constituições posteriores.

Foi a Constituição em vigor que passou a referir-se a dois recursos excepcionais: o extraordinário, cabível para o Supremo Tribunal Federal, versando matéria constitucional (art. 102, III) e o especial, endereçado ao Superior Tribunal de Justiça, atinente a matéria infraconstitucional (art. 105, III).

4. Função do Recurso Especial.

Depreende-se do resumo feito que muitos escólios doutrinários e jurisprudenciais aflorados sob a égide dos textos constitucionais anteriores acerca do recurso extraordinário, particularmente sobre aquele concernente à matéria infraconstitucional, devem ser considerados nos estudos relativos ao recurso especial, sobre o qual passamos a refletir de maneira mais específica.

De início, para a boa compreensão do recurso especial, é importante entender a sua filosofia, a razão da sua existência. A sua função precípua é dar prevalência à tutela de um interesse geral do Estado sobre os interesses dos litigantes (Liebman)¹. O motivo está, segundo lembra Buzaid, em que o erro de fato é menos pernicioso do que o erro de direito. Com efeito, o erro de fato, por achar-se circunscrito a determinada causa, não transcende os seus efeitos, enquanto o erro de direito contagia os demais Juízes, podendo servir de antecedente judiciário².

Tanto quanto nos países europeus em que há juízos de cassação e revisão, parte o nosso sistema jurídico de que, para a satisfação dos anseios dos litigantes, são suficientes dois graus de jurisdição: sentença de primeira instância e julgamento do Tribunal de Justiça; mais que o exame do direito das partes, é possível exercer o controle da legalidade do julgado proferido pelo Tribunal *a quo*.

Em suma, a função do recurso especial é tutelar a **autoridade** e **unidade** da lei federal. E essa função é exercida, segundo ensinamentos de Pontes de Miranda, assegurando a sua **inteireza** positiva (art. 105, III, a), a sua **autoridade** (art. 105, III, b) e a sua **uniformidade de interpretação** (art. 105, III, c).

5. Pressupostos e casos de cabimento

Os pressupostos gerais do recurso especial são os mesmos atinentes aos outros recursos. Todavia adicionam-se a eles pressupostos específicos, quais sejam:

¹ “Perspectivas do Recurso Extraordinário”, Revista Forense nº 55, pág. 605.

² Nova Conceituação do Recurso Extraordinário na Constituição do Brasil in “Estudos de Direito” pág. 183, Saraiva, 1972.

- a) existência de causa decidida em única ou última instância por Tribunais;
- b) que a decisão a ser impugnada através dele seja definitiva;
- c) existência de questão federal cabível nas alíneas do inciso III do art. 105 da Constituição.

Aspecto importante a salientar é que a nova Constituição, ao contrário do que acontecia com o recurso extraordinário, versando matéria infraconstitucional, não admite possa o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça restringir os casos de cabimento de recurso especial (ver Constituição de 1967, com a redação da E. C. nº 1/69, art. 119, parágrafo único).

O exame do inciso III do art. 105 da Constituição leva-nos a importantes reflexões. Diz o texto que cabe ao Superior Tribunal de Justiça:

Julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida.

Na exegese do inciso, a primeira questão a ser examinada concerne ao conceito de “causas”. A propósito, ensina Amaral Santos que causa é qualquer questão sujeita à decisão judiciária, tanto em processos de jurisdição contenciosa como em processos de jurisdição voluntária³.

O texto constitucional emprega, portanto, a palavra “causa” em sentido amplo. O seu conceito é mais abrangente que o de “ação”. Lembra Castro Nunes que “qualquer processo, seja de que natureza for, se nele for proferida decisão de que resulte comprometida uma lei federal,

³ Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 3º Volume, Max Leimonad, 4ª edição (11ª tiragem), págs. 198-199.

é uma causa para os efeitos do recurso extraordinário”, ensinamento que vale para o recurso especial. Alerta, porém, o grande jurista que certos procedimentos relativos a atribuições administrativas dos órgãos judiciários, não são propriamente causas. Nesse sentido, exemplifica:

É o que ocorre nos casos em que o Tribunal pratica um ato de natureza administrativa, alheio à sua função específica de órgão judiciário. Exemplos: quando elabora o seu Regimento Interno, impõe uma punição disciplinar, organiza uma lista de candidatos para nomeação ou promoção, etc. Se o ato lesa um direito individual cabe ao prejudicado usar do mandado de segurança ou propor a ação que couber, e será esse o feito judicial de cuja decisão final caberá então o recurso extraordinário (leia-se: recurso especial)⁴.

Fala o preceito constitucional em causas decididas, em única ou última instância, por Tribunais de Apelação. A decisão há de ser final, portanto não caberá o recurso se o acórdão for impugnável através de embargos infringentes.

Decisão proferida em única instância é aquela relativa a causas da competência originária dos tribunais, como ação rescisória, revisão criminal, habeas data e, ainda, mandado de segurança e habeas corpus. Todavia, quanto a estes dois últimos, é importante salientar que só cabe recurso especial se o acórdão conceder a ordem. Se a denegar, o recurso cabível será o recurso ordinário (Constituição, art. 105, II, a e b). Com atinência ao habeas data, a Constituição incidiu em equívoco, olvidando o seu sistema, ao deixar de prever o cabimento de recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça da decisão que o tenha denegado, proferida pelos Tribunais Regionais Federais (ver arts. 105, inciso II, e 108, inciso I, letra c). Neste caso, pois, seja a decisão concessiva ou denegatória, se não versar questão constitucional, o recurso dela cabível será o especial.

⁴ “Teoria e Prática do Poder Judiciário”. Edição Revista Forense, 1943, pág. 320-330.

A decisão impugnável através do recurso especial há de ser proferida por Tribunais de Apelação da Justiça Comum, seja estadual (Tribunais de Justiça, inclusive do DF e Territórios, e Tribunal de Alçada), seja federal (Tribunais Regionais Federais). O recurso de que tratamos não é aplicável a acórdãos proferidos por tribunais integrantes da Justiça especializada (Eleitoral, Militar e do Trabalho).

Referindo-se o texto a decisão proferida por Tribunal, resulta que não cabe recurso especial em causa de alçada.

É necessário, ainda, que o acórdão do Tribunal de Apelação da Justiça Comum tenha decidido questão federal, segundo se depreende das alíneas do inciso III do art. 105 da Constituição. A consequência é que não cabe recurso especial para reexaminar matéria de fato; por ofensa a lei local (estadual ou municipal); por ofensa a regimento de tribunais; ou para interpretação de cláusulas contratuais.

A manifestação do recurso especial é adstrita a matéria de direito federal. Há de fundar-se em fatos incontroversos, como tais tidos pelas instâncias ordinárias. Todavia, convém alertar que as questões atinentes à valoração da prova são de direito e não de fato.

6. Prequestionamento da questão federal. Súmulas nº 282 e 356 do STF. Súmula nº 211 do STJ. Precedentes.

A questão federal há de ser prequestionada, ou seja, é necessário que o Tribunal *a quo* tenha apreciado, portanto o prequestionamento é um dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial. Sobre o assunto cumpre ressaltar que, a partir da Constituição de 1967, houve quem sustentasse a desnecessidade do prequestionamento. Isso porque a referida Constituição não faz referência à palavra “questionar”. Fala que o recurso é cabível quando a decisão recorrida “negar vigência de tratado ou de lei federal” (art. 114, III, a,

com a redação mantida pelo art. 119, III, a, da E.C. nº 1/69), diversamente dos textos constitucionais precedentes (Constituição de 1891, art. 59, § 1º, a: “quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais; Emenda de 1926, art. 60, § 1º, a: “quando se questionar sobre a vigência ou a validade das leis federais”; Constituição de 1934, art. 79, III, b: quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal; Constituição de 1937, art. 101, III, b: “quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal”; Constituição de 1946, art. 101, III, b: “quando se questionar sobre a validade da lei federal”). Tal orientação, contudo, afigura-se-me que não se compatibiliza com a razão de ser do recurso especial, que, conforme se pode deduzir da explanação antes feita, tem por escopo a inteireza positiva, a autoridade e a uniformidade de interpretação das leis federais. Sem que, concretamente, o acórdão haja apreciado as questões pertinentes aos citados objetivos, consubstanciados nas três letras do permissivo constitucional, não há ensejo para a atuação da jurisdição excepcional competente para decidir o aludido recurso.

No tópico, pois, têm aplicação os princípios consubstanciados nas Súmulas nº 282 e 356 do Supremo, nestes termos:

É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

Sustentou-se, sob a égide da constituição anterior, a inconstitucionalidade da Súmula nº 282 supratranscrita, a qual, no entanto, foi repelida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao decidir os ERE 96802 (Ag Rg) – RJ (RTJ 109/299-304). O relator do citado precedente foi o insigne processualista Ministro Alfredo Buzaid, que, no seu douto voto, demonstrou que a doutrina brasileira nunca hesitou em

consagrar a referida orientação (Pedro Lessa, *Do Poder Judiciário*, pág. 101; Matos Peixoto, *Recurso Extraordinário*, pág. 89 e seguintes), sendo coincidente com as doutrinas consagradas sobre o assunto nos Estados Unidos da América (Cooley, *A treatise of constitutional limitations*, 6ª edição, Boston, 1890, págs. 18 e 19); na Argentina (Bielsa, *La proteccion constitutional y el recurso extraordinario*, Buenos Aires, 1958, pág. 248) e na República Federal da Alemanha (Stein – Ionas – Schönke, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 17ª ed., obs. Nº 1 ao 561).

Sobre o assunto, não pode ser acolhido o argumento de que, sob a égide da constituição anterior, o Supremo podia dispor, no seu Regimento, sobre o processo e julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal. Com efeito, a questão é de ordem constitucional, não se podendo invocar, para solucioná-la, textos de ordem infraconstitucional.

Assinale-se que a regra do prequestionamento ajusta-se ao princípio da eventualidade, segundo o qual as partes devem suscitar desde logo todas as questões a serem objeto de decisão, não podendo deixar para fazê-lo ao seu talante, surpreendendo o adversário. De outra parte, é dever dos juízes e tribunais decidir as questões suscitadas, podendo a parte, no caso de omissão, instá-los a solucioná-las através de embargos declaratórios.

Merece, porém, especial reflexão a questão do prequestionamento implícito em certos casos. A jurisprudência do Supremo, prevalente à época da promulgação da atual Constituição, era no sentido da sua inadmissibilidade (ver RTJ 122/863; 47/401; 83/859). Mesmo em casos em que, segundo a lei, pudessem ser conhecidos de ofício em qualquer tempo ou grau de jurisdição, como a coisa julgada (RTJ 94/743; 98/754; 116/451) e a incompetência absoluta (RTJ 88/710; 102/775). Outrora, aquela colenda Corte admitiu a possibilidade do prequestionamento implícito em se tratando de matéria de ordem pública

que pudesse ser reconhecida em qualquer fase processual. É o caso do decidido no RE 66.103, no qual se lê: “A decadência é matéria de ordem pública e pode ser declarada em qualquer fase processual, mesmo no recurso extraordinário, e ainda que não prequestionada” (RTJ 56/642).

É possível, ainda, divisar casos peculiares que devem escapar à exigência do prequestionamento, como o decidido pelo Supremo no RE 75.413 MG, Relator para o acórdão o preclaro Ministro Xavier de Albuquerque, que assim fundamentou, no tópico, o seu douto voto (RTJ 65/574):

O eminente Relator não conheceu do recurso por falta de prequestionamento dessas matérias. Sou forçado a dissentir, data venia, menos por contestar as razões de S. Excia. do que por verificar que, dadas as circunstâncias do caso, o exame desse requisito técnico de admissibilidade do recurso extraordinário reclama certa tolerância, sem a qual a prevalência da decisão recorrida conduzirá a recorrente à situação esdrúxula de ter, teoricamente, o direito que persegue, mas não ter ação para persegui-lo. Na verdade, absolvição da instância não a impediria de reiterá-la, propondo nova ação; mas não lhe seria possível, passando em julgado a decisão recorrida, propor essa nova ação, porque condicionada à prova de pagamento devido não por ele, mas por terceiro, o adquirente de imóvel. Basta a perspectiva desse impasse para convencer, a meu ver, de que a aplicação do citado dispositivo legal se fez de modo a lhe negar a vigência, isto é, sua incidência no sentido verdadeiro e limitada ao caso previsto.

Em tal contexto, parece-me que a regra a ser admitida na grande maioria dos casos de recurso especial é a do prequestionamento. Todavia, em casos excepcionalíssimos, especialmente no tocante a questões que possam ser conhecidas por expressa disposição legal, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, é de atenuar-se o seu rigor.

Sendo o assunto controvertido, penso que os advogados, antes de manifestarem o recurso especial, deverão examinar cuidadosamente se a questão federal que pretendem suscitar foi, ou não, objeto de expressa apreciação pelo Tribunal de Apelação. Se não o foi, deverão insistir na sua apreciação através de embargos declaratórios. Interpostos estes, ainda que o Tribunal insista em não apreciar a referida questão, aberta estará a via do recurso especial. É claro que, nos declaratórios, não poderá o recorrente suscitar questão nova, não agitada até o momento da sua interposição, pois, em tal caso, a omissão é da parte e não do acórdão (RTJ 107/412). A sua admissão implicaria, pois, ofensa ao princípio da eventualidade (CPC, art. 300).

Sumula 282 / STF:

É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

Súmula nº 356 / STF:

O ponto omissa da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

Súmula nº 211 / STJ:

Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.

7. Casos de Cabimento

Os casos de cabimento do recurso especial são os previstos nas alíneas a, b e c do art. 105 da Constituição.

De acordo com a alínea a, cabe recurso especial quando a decisão recorrida “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”.

Os textos constitucionais anteriores usavam expressões semelhantes: decisão for contra a validade, ou a aplicação de tratados ou leis federais (Constituição de 1891); decisão for contra a letra de tratado ou lei federal (Constituição de 1934); decisão for contra a letra de tratado ou lei federal (Constituição de 1937); decisão for contrária à letra de tratado ou lei federal (Constituição de 1946); decisão negar vigência de tratado ou lei federal (Constituição de 1967 e EC nº 1/69).

Do estudo das expressões utilizadas pelas várias constituições, resulta que “contrariar”, “negar vigência”, “negar vigor” e “negar aplicação” à lei federal é a mesma coisa, segundo se depreende do brilhantíssimo voto que o eminente Ministro Prado Kelly proferiu no RE 42.255 (RTJ 43/666-684), tendo o sentido que, a seguir, passarei a explicitar. Em suma, segundo os autores em que se baseou na fundamentação do seu voto, “aplicar a lei com violação da sua expressa disposição é o mesmo que não aplicá-la ou tê-la por não existente ou revogada. As leis são feitas para serem cumpridas e não iludidas ou postergadas” (Ministro Aquino de Castro). O que importa é que “a tese da lei tenha sido desobedecida” (Cândido de Oliveira)”.

É importante, pois, salientar que a expressão “negar vigência” não se adstringe a mera questão de eficácia da lei no tempo, consistente em saber se “uma lei vige, já não vige ou ainda não vige” (Ministro Castro Nunes). A cláusula “negar vigência” equivale à cláusula “negar aplicação” da Constituição de 1891: deixar de reconhecer eficácia à norma federal no caso concreto. Significa aplicar a lei federal erroneamente com ofensa da sua letra ou do seu espírito. Ou seja : quando o Tribunal recorrido comete erro de direito através de violação ou da falsa aplicação da lei. Segundo ensina Buzaid, dá-se a violação, quando no julgamento foi posta norma

diversa da existente; dá-se a falsa aplicação, quando se subsumiu na norma posta fato diverso daquele que a norma prevê. Considerando-se a sentença como um silogismo, a violação consiste assim num erro da premissa maior; a falsa aplicação na sua conclusão⁵.

Tais ensinamentos foram bem resumidos pelo Ministro Aliomar Baleeiro no voto publicado na RTJ 64/677: Por vezes, sustentei que não aplicar o dispositivo indicado, ou aplicar o não indicado, assim como dar o que a lei nega, ou negar o que ela dá, equivale a negar a vigência de tal lei. E ainda continuo convencido disso, pois nenhum juiz recusa vigência à lei, salvo casos excepcionalíssimos de direito intertemporal ou de loucura furiosa⁶.

Assinalo que a expressão “lei federal” é empregada em sentido amplo, abrangendo, pois, decretos, regulamentos, portarias, avisos e outros atos normativos.

Por último, cumpre fazer breve observação sobre a regra consubstanciada na Súmula nº 400 do Supremo, segundo a qual “a decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 101, III, da Constituição Federal”. O verbete é muito criticado – e com razão – pela inclusão no seu texto da expressão “ainda que não seja a melhor”. Todavia, afastado o deslize de ordem redacional, não há como deixar de reconhecer que o princípio que encerra é correto. O que quer dizer é o seguinte: se não se trata de alegação de ofensa ou de negativa de vigência da lei federal, mas de divergência quanto à sua interpretação, o recurso extraordinário (hoje especial no que tange à matéria infraconstitucional) há de fundar-se na letra d e não na letra a do permissivo constitucional (aquela primeira, hoje, letra c do inciso III do art. 105).

⁵ **Opus** cit., págs. 182 e 183.

⁶ Citado por Sérgio Bermudes em seus “Comentários ao Código de Processo de Civil”. Revista dos Tribunais, 1975, pág. 254.

A alínea b admite o recurso especial no caso de a decisão recorrida “julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal”.

Objetiva o dispositivo garantir a observância da hierarquia das leis, com a prevalência das leis federais sobre as locais.

O texto fala em “lei ou ato de governo local”. “Local” é no sentido de estadual ou municipal. “Ato de governo” abrange atos administrativos, em sentido amplo, praticados pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Para tal efeito, as leis atinentes ao Distrito Federal, como a de organização judiciária, são locais.

Com fundamento na letra c do permissivo constitucional, cabe recurso especial quando a decisão recorrida “der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

Em tal hipótese, a finalidade do recurso especial é uniformizar a interpretação da lei federal. A divergência interpretativa há de ocorrer entre dois Tribunais estaduais, entre dois Tribunais Regionais Federais, ou entre um Tribunal estadual e um Regional Federal. E ainda mais: entre qualquer dos citados Tribunais de Apelação e o Superior Tribunal de Justiça (ou mesmo o Supremo Tribunal Federal, em matéria infraconstitucional, por ele decidida anteriormente à instalação do Superior Tribunal de Justiça).

O recurso não é, pois, cabível para superar divergência entre órgãos dos próprios Tribunais de Apelação quanto à interpretação de lei federal. Nesse caso, a unicidade interpretativa desta há de ser obtida por meio da uniformização de jurisprudência. Só a divergência interpretativa externa, isto é, ocorrida entre tribunais diversos pode ensejar o recurso especial.

A decisão trazida a confronto, para fins de caracterização da divergência, há de ser final. Se ela ainda pode ser reformada pelo próprio

tribunal que a proferiu – e quem sabe se no sentido do acórdão de que se interpôs o recurso especial? – ainda não se pode falar em divergência entre tribunais⁷.

Julgados do mesmo tribunal não servem para fundamentar o recurso especial por divergência jurisprudencial (ver Súmula nº 369 do STF, atinente ao extraordinário). A divergência, porém, pode ocorrer até mesmo entre dois tribunais do mesmo Estado, entre o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Alçada, por exemplo.

8. Decisão monocrática do relator (CPC, art. 557).

1 – Art. 557 – Primitiva redação. Apenas agravo. Relator poderia indeferi-lo se manifestamente improcedente.

Em relação ao especial e extraordinário: Lei 8.038:

Agravo por inadmissão RE ou Resp: relator decidirá (único competente): Negando, provendo par subir ou convertendo

Art. 38: Relator: recurso ou pedido manifestamente improcedente, intempestivo, incabível; nega seguimento

Redação da lei 9.139: Qualquer recurso. Manifestamente improcedente, inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário a súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior.

Redação da Lei 9.756: NERARÁ seguimento nos mesmos casos e se recurso “em confronto” com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, STF ou Tribunal Superior.

Poderá dar provimento se decisão em confronto com Súmula ou jurisprudência dominante do STF ou Tribunal Superior.

- O art. 557 aplica-se ao STJ?

⁷ Sérgio Bermudes, com apoio em precedentes do STF, **opus** cit., pág. 262.

Tem-se entendido tranqüilamente que sim. Dinamarco parece entender que só aplicável aos Tribunais locais. Não é assim:

Em relação ao caput – negar seguimento – pouca diferença faria, pois existe art. 38 da Lei 8.038. Apenas não menciona esse súmula do STF que dificilmente se aplicaria.

Em relação ao § 1º - A – dar provimento – constituiria contra-senso que pudesse prover o especial, após prover o agravo e não pudesse diretamente.

Tratando-se de agravo de Resp e RE, o Relator poderá:

1 – não conhecer do agravo (peças, intempestividade, inépcia formal – não atacar os fundamentos da decisão agravada etc);

2 – negar-lhe provimento;

3 – prover e mandar subir;

4 – converter em recurso especial, incluindo em pauta;

5 – prover o próprio especial (confronto com súmula ou jurisprudência do STJ).

Dinamarco acha que não aplica ao RE (acho que aplica, § 4º, claro que com a adaptação: S. do STF e não do STJ).

Não pode prover o agravo e desde logo negar provimento ao especial (isso releva apenas tratando-se da letra “c”).

Problemas:

1 – Cabem embargos declaratórios?

STF tem dito que não. No STJ há certa oscilação, mas a Corte Especial decidiu que sim: EREsp 159.317.

Argumentos contrários: literalidade da lei, excesso de recursos.

Meu: Nem literalidade ampara a tese. Como classificar este ato?

Ementas:

“RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO.

Desnecessidade de menção expressa, pelo acórdão, do dispositivo legal que se pretende violado, bastando que a questão federal tenha sido debatida.”

(Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 166.147-SP, Relator Min. Eduardo Ribeiro, Julgado em 15/12/1999 e publicado em 10/4/2000 no Diário da Justiça);

“PROCESSO CIVIL. PREQUESTIONAMENTO. RECURSO ESPECIAL.

1. É suficiente para se concretizar o prequestionamento da matéria jurídica enfrentada pela recorrente que, no curso da lide, especialmente, em segundo grau, ela tenha sido tratada.

2. Há prequestionamento de pedido de correção monetária quando a petição inicial expressamente a ela se refere e, em grau de apelação, a pretensão da autora é totalmente atendida. Não caracteriza a ausência de prequestionamento a circunstância do acórdão não haver deferido expressamente a correção monetária.

3. Tendo sido provida a apelação, sem qualquer ressalva, há de ser entendido como procedente todo o pedido negado em Primeiro grau.

4. Situação que, em sede de embargos de declaração, a correção monetária foi negada, a configurar, também, prequestionamento.

5. Agravo regimental improvido.”

(Agravo Regimental no Recurso Especial nº 206.441-PE, Relator Min. José Delgado, julgado em 31/8/1999 e publicado no Diário da Justiça de 11/10/1999);

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. EMBARGOS ACOLHIDOS.

- O prequestionamento consiste na apreciação e na solução, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a norma positiva tida por violada, inexistindo a exigência de sua expressa referência no acórdão impugnado.”

(Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 162.608-SP, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 16/6/1999 e publicado no Diário da Justiça em 18/8/1999);

“Pquestionamento.

A necessidade de que o tema haja sido versado no acórdão, para ensejar recurso especial, é da natureza desse recurso, decorrendo dos termos em que constitucionalmente previsto. É de exigir-se, ainda quando se trate de vício do próprio julgamento. Se o aresto nele incidiu sem que haja, entretanto, manifestação a respeito, necessária a apresentação de embargos declaratórios para que o Tribunal enfrente a matéria.

(Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 99.796 – SP, Relator Min. Eduardo Ribeiro, julgado em 16/6/1999 e publicado em 4/10/1999);

“CIVIL E PROCESSUAL – CONTRATOS DE EMPREITADAS – INEXECUÇÃO CONTRATUAL – PERDAS E DANOS – MATÉRIA DE PROVA E DE INTERPRETAÇÃO DE CONTRATO (SÚMULAS 05 E 07 – STJ).

I - Inviável em sede de Especial, revolver a matéria fática objeto de inclusão do acórdão que, em contratos de empreitadas, pela inexecução contratual, aferindo provas e a violação de cláusulas, extinguiu os contratos, condenando a parte culpada em perdas e danos (Súmulas 05 e 07 – STJ).

II - Recurso não conhecido.

(Recurso Especial nº 188.423-AM, Relator Min. Waldemar Zveiter, julgado em 18/5/1999 e publicado no Diário da Justiça em 8/11/1999).

9. Cabe agravo regimental da decisão que dá provimento a agravo para converter ou mandar subir o recurso especial ?

Regimento Interno STJ: art. 258 § 2º: não cabe. Entretanto, o art. 254 § 1º diz que o provimento do agravo não prejudica o oportuno exame do cabimento do especial. não se refere à admissibilidade do agravo. O STF entendeu que, provido o agravo não se pode discutir, no julgamento do extraordinário, se o agravo estava devidamente instruído (RTJ 159/722).

Lei 8.038 art. 39: cabe agravo de toda decisão monocrática que cause gravame.

10. Cabem embargos de divergência da decisão que julga o agravo regimental ?

Jurisprudência do STJ não. Houve, entretanto, decisão em contrário da Primeira Seção (rel. Min. Eliana) A hipótese é diferente dos declaratórios. Não se trata de algo que se imponha como naqueles.

Opinião Min. Minton: Cabem embargos de divergência da decisão monocrática que julga o especial.

O pressuposto é a manifesta improcedência ou divergência com súmula. Cabe o agravo regimental. Em última análise é decisão de agravo regimental. O argumento valeria em certos casos para o próprio agravo de instrumento (letra “a”).

11. Embargos de divergência podem ser julgados monocraticamente ?

Acho que não. Se admitidos, porque existe a divergência, há que uniformizá-la, por meio do colegiado. E seria estranho que um Ministro reforme a decisão de outros três (pelo menos).

Súmula vinculante? Negará seguimento

Recurso Especial retido – 542, § 3º

Decisão interlocutória – Súmula 86

Diversos autores: decisão tomada em agravo. Já vi mencionado que decisão interlocutória é só a monocrática. Não é isso. Natureza da decisão. Hipótese: Extinto o processo em primeiro grau, a apelação é provida, para que prossiga. Essa decisão de segundo grau é interlocutória.

Art. 162, § 2º

Quando não resolve, por considerar inadmissível o exame. Exemplo: intempestividade de exceção – não conhecimento do agravo (descumprimento do 526) (Bermudes: todas as relativas a incidentes e não só as que resolvam o incidente).

Processo de execução não. Improcedência da crítica de Armelin que diz que na execução também há decisões interlocutória. Não é isso.

Embargos a arrematação ou de terceiros?

Liquidação é conhecimento.

Procedimentos especiais também, apesar de estarem em livro diverso do CPC.

Os processos do tipo executivo (despejo, possessórias – O novo anteprojeto do Min. Sálvio amplia para obrigações de dar e de fazer ou não-fazer). Não tenho dúvida de que se aplica. É também um processo de conhecimento. Mas na fase de execução, não se aplicaria.

Exceções que se impõem. Cumpre considerar duas regras constitucionais: a indeclinabilidade do acesso à Jurisdição e a previsão do recurso especial.

Se a retenção importar o esvaziamento do especial. Estarão sendo contrariadas. Como a lei não pode restringir casos de cabimento do especial, não pode ser aplicada. Assim:

- todos casos de liminares, concedidas ou denegadas
- todos os casos de tutela antecipada
- assistência judiciária denegada
- cautelares que não terminam por sentença (protestos, colheita de provas

- valor da causa quando se alegue que o aumento torna insuportável

Ainda em todos os casos em que, tal sucede na 3ª execução, a decisão final não seja influenciável pelo decidido na interlocutória;

Inventário

Terceiro a que se impõe um ônus (ex: banco depositário; correção monetária)

Falência e insolvência civil (execução coletiva).

Consumação de situações? Dinamarco: intervenção de terceiros. A tese de que, indeferida a denunciação da lide, impede-se a instauração do processo e, por conseguinte, a decisão seria substancialmente terminativa. Aplicar-se-ia aos casos de litisconsórcio.

Tese difícil. Exigiria entender-se que seria interlocutória para fins de caber o agravo e não interlocutória para não haver retenção.

A verdade é que prejuízo para o andamento do processo sempre há. A necessidade de uma decisão rápida, aliás, é que justifica o instrumento. Ex.: incompetência, ainda que relativa, provas, intervenção de terceiros, em que se tem de repetir o processo.

Tratando-se de incompetência, a Segunda Seção entendeu que não deve haver retenção.

As interlocutórias que não resolvem o incidente.

Exemplos acima: exceção de incompetência não processada. Agravo não conhecido. Como fazer?

Agravo não conhecido: Terceira Turma entende deva o especial ser desde logo julgado.

Parêntesis:

A proposta de reforma do agravo. Relator poderá converter em agravo retido, quando não houver perigo de lesão grave e de difícil reparação. O que se quer dizer com isso? Serão aqueles casos tradicionais em que resulta um dano imediato, como, p. ex., levantamento de dinheiro, prisão? E os gravíssimos danos de ter-se de anular o processo?

Decisão final. A que ponha fim ao processo, seja definitiva ou terminativa. Se for anulatória, não.

A retenção envolve o próprio processamento.

Para reiterar, precisa interpor recurso?

Alguns autores sim. Outros, não. Acho que não:

I - A redação é claramente diferente da relativa ao agravo retido;

II – O especial e o extraordinário são recursos com pressupostos específicos. Se a controvérsia apreciada na decisão final disser apenas com a prova, haverá de recorrer assim mesmo? Entretanto, o interesse pode subsistir. Ex.: preliminar que foi rejeitada, prova que foi indeferida.

12. Trânsito em julgado da decisão final: ocorre, se o agravo não foi julgado?

Questão que se coloca hoje em relação ao agravo, se esse não foi julgado e a sentença vem a transitar em julgado. Adoto entendimento de que não transita porque todos atos dependentes do que foi impugnado

condicionam-se ao que ficar decidido no agravo. Dizer que ofende a coisa julgada é petição de princípio como diz Galeno.

No caso do especial e, mais ainda, do extraordinário seria absurdo que se tivesse de inventar razões para justificá-lo.

Onde se faz a reiteração? Nos autos onde se acha o recurso que se pretende destrancar que deverão ser apensados.

13. Recurso especial e decisão interlocutória: destrancamento. Reclamação, agravo de instrumento, medida cautelar ou petição ?

Recurso para destrancar

Hesitação inicial. Admitiram-se cautelares.

Decisão unânime da Segunda Seção: não cabe reclamação.

Tendência: A Terceira Turma tem mencionado caber agravo, mas tem admitido cautelar. A Quarta Turma teve decisão dizendo não caber agravo, mas modificou. Vai acitar cautelares durante este semestre.

A Segunda Seção evoluiu para admitir, por cinco votos, o destrancamento por simples petição.

Não pode negar seguimento ao agravo. Apensar da revogação do artigo 528, pois desnecessário com a nova sistemática, continua-se entendendo que prevalece a regra. Se negar, caber reclamação.

Ementas:

“RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO.

Desnecessidade de menção expressa, pelo acórdão, do dispositivo legal que se pretende violado, bastando que a questão federal tenha sido debatida.”

(Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 166.147-SP, Relator Min. Eduardo Ribeiro, Julgado em 15/12/1999 e publicado em 10/4/2000 no Diário da Justiça);

“PROCESSO CIVIL. PREQUESTIONAMENTO. RECURSO ESPECIAL.

6. É suficiente para se concretizar o prequestionamento da matéria jurídica enfrentada pela recorrente que, no curso da lide, especialmente, em segundo grau, ela tenha sido tratada.

7. Há prequestionamento de pedido de correção monetária quando a petição inicial expressamente a ela se refere e, em grau de apelação, a pretensão da autora é totalmente atendida. Não caracteriza a ausência de prequestionamento a circunstância do acórdão não haver deferido expressamente a correção monetária.

8. Tendo sido provida a apelação, sem qualquer ressalva, há de ser entendido como procedente todo o pedido negado em Primeiro grau.

9. Situação que, em sede de embargos de declaração, a correção monetária foi negada, a configurar, também, prequestionamento.

10. Agravo regimental improvido.”

(Agravo Regimental no Recurso Especial nº 206.441-PE, Relator Min. José Delgado, julgado em 31/8/1999 e publicado no Diário da Justiça de 11/10/1999);

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL.
PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. EMBARGOS ACOLHIDOS.

- O prequestionamento consiste na apreciação e na solução, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a norma positiva tida por violada, inexistindo a exigência de sua expressa referência no acórdão impugnado.”

(Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 162.608-SP, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 16/6/1999 e publicado no Diário da Justiça em 18/8/1999);

“Pquestionamento.

A necessidade de que o tema haja sido versado no acórdão, para ensejar recurso especial, é da natureza desse recurso, decorrendo dos termos em que constitucionalmente previsto. É de exigir-se, ainda quando se trate de vício do próprio julgamento. Se o aresto nele incidiu sem que haja, entretanto, manifestação a respeito, necessária a apresentação de embargos declaratórios para que o Tribunal enfrente a matéria.

(Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 99.796 – SP, Relator Min. Eduardo Ribeiro, julgado em 16/6/1999 e publicado em 4/10/1999);

“CIVIL E PROCESSUAL – CONTRATOS DE EMPREITADAS – INEXECUÇÃO CONTRATUAL – PERDAS E DANOS – MATÉRIA DE PROVA E DE INTERPRETAÇÃO DE CONTRATO (SÚMULAS 05 E 07 – STJ).

I - Inviável em sede de Especial, revolver a matéria fática objeto de inclusão do acórdão que, em contratos de empreitadas, pela

inexecução contratual, aferindo provas e a violação de cláusulas, extinguiu os contratos, condenando a parte culpada em perdas e danos (Súmulas 05 e 07 – STJ).

II - Recurso não conhecido.

(Recurso Especial nº 188.423-AM, Relator Min. Waldemar Zveiter, julgado em 18/5/1999 e publicado no Diário da Justiça em 8/11/1999).

14. Recurso especial e matéria constitucional. Súmula nº 126. Lei que repete texto constitucional.

Súmula nº 126

“É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.”

15. Recurso especial e medida cautelar.

16. Recurso especial e deserção. Súmula 187. Lei nº 9.756, de 17/12/1998. Resolução nº 22, de 7/5/1999, do STJ.

Súmula nº 187

“É deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos.”

Art. 41-B da Lei nº 8.038, de 28/5/90, redação da Lei 9.756, 17/12/98

“Art. 41-B. As despesas do porte de remessa e retorno dos autos serão recolhidas mediante documento de arrecadação, de conformidade com instruções e tabela expedidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.”

17. Recurso especial. Arguição da tempestividade. Súmula 216.

Súmula nº 216

“A tempestividade de recurso interposto no Superior Tribunal de Justiça é aferida pelo registro no protocolo da Secretaria e não pela data da entrega na agência do correio.”

18. Recurso especial e juizados especiais: Súmula 203.

Súmula nº 203

“Não cabe recurso especial contra decisão proferida, nos limites de sua competência, por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais.”

19. Recurso especial e mandado de segurança.

20. Recurso especial. Ausência de procuração. Inexistência. Súmula 115.

Súmula nº 115

“Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos”

21. Recurso especial. Só decisão final. Caso de cabimento de embargos infringentes. Súmula 207.

Súmula nº 207

“É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem.”

22. Recurso especial. Interpretação de cláusula contratual e matéria de prova. Descabimento. Súmula 5 e 7.

Súmula nº 5

“A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.”

Súmula nº 7

“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”